


# Décision n° 04-D-76 du 22 décembre 2004 relative à une saisine de la société Digitechnic

Le Conseil de la concurrence (section IV) ;

Vu la lettre enregistrée le 25 mai 1998, sous le numéro F 1048, par laquelle la société Digitechnic a saisi le Conseil de la concurrence de pratiques mises en œuvre par la société Microsoft ;

Vu les articles 81 et 82 du traité instituant la Communauté européenne ;

Vu le livre IV du code de commerce relatif à la liberté des prix et de la concurrence, le décret n° 86-1309 du 29 décembre 1986 modifié, fixant les conditions d'application de l'ordonnance n° 86-1243 du 1er décembre 1986 et le décret n° 2002-689 du 3 avril 2002 fixant les conditions d'application du livre IV du code de commerce ;

Vu les observations présentées par la société Digitechnic et par le commissaire du Gouvernement ;

Vu les autres pièces du dossier ;

La rapporteure, le rapporteur général, le commissaire du Gouvernement et la société Digitechnic entendus lors de la séance du 10 novembre 2004 ;

Adopte la décision suivante :

## I. Constatations

### A. LES ENTREPRISES CONCERNÉES ET LE SECTEUR D'ACTIVITÉS

#### 1. LA SOCIÉTÉ DIGITECHNIC

1. La société Digitechnic est une SARL, créée en 1979, employant une quinzaine de salariés, dont l'activité est celle d'un assembleur d'ordinateurs, vendus sur le marché français, sous l'enseigne commerciale Carri Systems.

2. Les assembleurs se situent à un niveau intermédiaire de la chaîne de distribution du matériel micro-informatique. Leur activité consiste à regrouper des composants informatiques qu'ils se procurent soit directement auprès des fabricants soit auprès des grossistes. La clientèle des assembleurs est composée de PME et de particuliers, mais les assembleurs peuvent également

travailler avec la grande distribution pour laquelle ils fournissent des produits vendus sous les marques des distributeurs.

### 2. La société Microsoft

3. La société Microsoft Corporation est une société américaine, dont le siège social se trouve à Redmond, dans l'Etat de Washington, aux Etats-Unis. Elle est leader mondial en matière de logiciels pour micro-ordinateurs. Dans sa décision 3/37.792 du 23 mars 2004, la Commission Européenne indique que la société Microsoft Corporation reconnaît détenir une « *position dominante sur le marché des systèmes d'exploitation utilisés sur des ordinateurs personnels* ». Cette décision précise que cette position dominante se caractérise notamment par des parts de marché très élevées (plus de 90 %) et par des barrières à l'entrée importantes dues à des effets de réseau indirects (« *barrières à l'entrée liées aux applications* ») et qu'il a été établi que Microsoft détenait cette position dominante, qui constitue un quasi-monopole, depuis au moins l'année 1996.

4. Sa filiale Microsoft France se consacre uniquement à la promotion des produits distribués en France et au suivi commercial des clients et partenaires de la maison mère, en France. Comme l'a rappelé la cour d'appel de Paris dans son arrêt du 3 mars 2003 (annexe 1, page 441), qui a confirmé le jugement du tribunal de commerce d'Evry du 25 septembre 1997, déboutant la société Digitechnic, Microsoft France ne dispose pas des droits de propriété intellectuelle sur les produits Microsoft et ne concède aucune licence de distribution ou d'utilisation sur ces produits aux tiers.

5. La vente des produits Microsoft (et notamment les logiciels) en France est réalisée par l'intermédiaire de la filiale irlandaise Microsoft Ireland Operation Limited (MIOL).

### 3. La distribution des logiciels Microsoft

6. La distribution des logiciels s'effectue par deux canaux qui correspondent à des stades différents de la chaîne de commercialisation : le canal OEM ("Original Equipment Manufacturer") et le canal non OEM.

7. Le canal « *OEM* » concerne d'abord les fabricants d'ordinateurs (« *grands OEM* »). Microsoft leur fournit les logiciels et les fabricants les pré-installent sur l'ordinateur. La pré-installation concerne principalement les logiciels d'exploitation qui permettent à l'ordinateur de fonctionner et de travailler avec son environnement. Les logiciels « *d'application* » (comme le traitement de texte, tableur, gestionnaire de bases de données....), ne sont pas indispensables au fonctionnement de la machine mais correspondent aux fonctionnalités privilégiées qui intéressent les usagers. Leur pré-installation, par le fabricant, dépend de leur diffusion auprès du public et surtout de la politique commerciale de leur créateur.

8. A cet égard, la société Microsoft a toujours privilégié une politique commerciale tendant à l'intégration des logiciels d'exploitation et d'application dans les machines vendues par les fabricants. Elle propose des contrats spécifiques avec les équipementiers qui doivent s'acquitter d'une redevance proportionnelle au nombre d'unités vendues. Les fabricants reçoivent un kit de pré-installation contenant un exemplaire de base (*master*) du logiciel concerné qui est ensuite reproduit autant de fois que nécessaire.

9. S'agissant des « *petits OEM* » (assembleurs), Microsoft a mis en place, en 1996, un programme DSP (*Delivery Service Partner*) leur permettant de se procurer les logiciels auprès

de distributeurs agréés (des grossistes) et de les pré-installer. Pour bénéficier de ce service, les assembleurs doivent signer un accord de licence avec Microsoft. Une licence d'utilisateur final, un certificat d'authenticité et un manuel d'utilisateur leur sont fournis avec chaque copie de logiciel achetée.

10. Le canal « *non OEM* » rassemble les revendeurs informatiques, qui peuvent être des magasins spécialisés (FNAC, Darty) ou la grande distribution. Les logiciels ainsi distribués sont fournis par la filiale Microsoft Irlande. Ce sont essentiellement les logiciels d'application et les mises à jour des logiciels d'exploitation.

### B. LES PRATIQUES ALLÉGUÉES

11. La société Digitechnic a saisi, le 28 mai 1998, le Conseil de la concurrence pour dénoncer les pratiques de Microsoft relatives à la distribution de la « *suite logicielle Office Professionnal* » ou « *Pack Office Pro* » logiciel qui comprenait en 1998, le traitement de texte Word, le tableur Excel, le créateur de présentation Powerpoint, l'agenda Schedule, le gestionnaire de base de données Access.

12. La société Digitechnic indique que, malgré des demandes réitérées auprès de Microsoft, dont la première remonte au 10 novembre 1994, elle a dû attendre le 21 juin 1996 avant de pouvoir se fournir en logiciels « *Pack Office Pro* » auprès d'un des grossistes agréés par Microsoft, et de pouvoir, comme les fabricants américains d'ordinateurs Dell et Gateway, les pré-installer sur les ordinateurs qu'elle vendait. Avant cette date, elle était obligée d'acquérir ce logiciel auprès des détaillants de matériels micro-informatiques, à un prix proche de 5 000 F HT quand les fabricants de micro-ordinateurs (par exemple, Dell Computer et Gateway 2000) pouvaient obtenir auprès de Microsoft une licence les autorisant à le pré-installer sur leurs propres machines à un prix qui se situait, selon la plaignante, entre 300 et 600 F.

13. Ainsi, au cours d'une première période allant de janvier 1995 au 21 juin 1996, existerait selon elle un refus implicite de Microsoft de lui accorder une licence pour la pré-installation de la suite « *Pack Office Pro* »sur ses ordinateurs.

14. Au cours de la seconde période allant de juin 1996 à la date de la saisine (mai 1998), pendant laquelle Digitechnic a eu accès à une licence, celle-ci juge qu'elle a été victime d'une discrimination excessive puisque le prix qui lui était proposé, ainsi qu'aux autres petits assembleurs, était de l'ordre de 1 500 F tandis que celui consenti aux constructeurs américains était de 300 F à 600 F, soit un niveau bien inférieur.

### C. LA PROCÉDURE

15. Une proposition de non-lieu à poursuivre la procédure a été notifiée, le 20 février 2002, à la société saisissante et une séance du Conseil a été convoquée pour le 4 juin 2002.

16. Le 21 mai 2002, la société saisissante a demandé un délai pour présenter ses observations ainsi que le renvoi de l'affaire, du fait de la présence dans le dossier de documents en anglais qui n'avaient pas été traduits.

17. Le 30 mai 2002, la séance du Conseil, programmée le 4 juin 2002, a été reportée à une date ultérieure. Outre les motifs exposés par le saisissant, ce report a tenu compte de l'existence d'une procédure ouverte par la Commission Européenne, en mars 2002, concernant la société

Microsoft. Le 23 mars 2004, la Commission Européenne a rendu sa décision 3/37.792 concernant ce dossier.

18. Le 8 juillet 2004, une nouvelle proposition de non-lieu à poursuivre la procédure a été notifiée à la société saisissante.

# II. Discussion

### A. SUR LA PROCÉDURE

19. La société saisissante soutient que le Conseil de la concurrence aurait dû inciter la société Microsoft à engager des « *pourparlers transactionnels* » avec elle et que le refus du Conseil de s'engager sur cette voie lui a causé un préjudice dont l'évaluation ne saurait être inférieure à 20 M€, correspondant aux dommages dont elle avait demandé réparation en 1997 au tribunal de commerce d'Evry.

20. La loi du 15 mai 2001 a introduit une procédure, prévue à l'article L. 464-2-II du code de commerce, qui prévoit que : « lorsqu'un organisme ou une entreprise ne conteste pas la réalité des griefs qui lui sont notifiés et s'engage à modifier ses comportements pour l'avenir, le rapporteur général peut proposer au Conseil de la concurrence qui entend les parties et le commissaire du Gouvernement sans établissement préalable d'un rapport, de prononcer la sanction pécuniaire prévue au I en tenant compte de l'absence de contestation. Dans ce cas, le montant maximum de la sanction encourue est réduit de moitié ». La procédure ainsi décrite, dite de "transaction", permet une réduction de la sanction pécuniaire encourue par une entreprise, en contrepartie de la non contestation des griefs qui lui ont été notifiés, et de l'engagement de ne pas réitérer les pratiques. Cette procédure ne saurait s'appliquer en l'espèce puisque aucun grief n'a été notifié.

21. Au surplus, le Conseil n'est pas compétent pour organiser ou favoriser des discussions entre un saisissant et une entreprise qu'il met en cause, dans le but de réparer le dommage éventuellement subi, même dans l'hypothèse où le dommage serait causé par la mise en oeuvre de pratiques anticoncurrentielles dont le Conseil serait saisi.

### B. SUR LE FOND

22. Aux termes de l'article L. 464-6 du code de commerce : « *Lorsque aucune pratique de nature à porter atteinte à la concurrence sur le marché n'est établie, le Conseil de la concurrence peut décider, après que l'auteur de la saisine et le commissaire du Gouvernement ont été mis à même de consulter le dossier et de faire valoir leurs observations, qu'il n'y a pas lieu de poursuivre la procédure* ».

#### 1. EN CE QUI CONCERNE LA PREMIÈRE PÉRIODE (JANVIER 1995 À JUIN 1996)

23. La pratique dénoncée par la plaignante, au cours de cette période, consiste en un refus de licence. Or, un tel refus n'est pas anti-concurrentiel en soi puisqu'il relève de la liberté

commerciale du propriétaire du bien intellectuel, sauf si ce bien est essentiel à l'activité de l'entreprise demanderesse.

24. Cependant la licence de pré-installation du logiciel *« Pack office pro »* a été si peu essentielle à l'activité de la plaignante que celle-ci a doublé ses ventes en 1996 par rapport à 1995 (2 039 machines contre 960) bien qu'aucune licence OEM ne lui ait été accordée et qu'elle ait dû, lorsque les clients lui ont demandé une pré-installation, acheter la suite logicielle dans le commerce.

25. En fait, seule une centaine de machines de Digitechnic ont été équipées de la suite logicielle sur 1 000 vendues en 1995, un grand nombre d'acheteurs ne demandant pas cette option. A cette époque, Gateway et Dell, les deux constructeurs bénéficiaires de la licence OEM, ont rencontré la même situation : Gateway a vendu, en 1995, 1,5 million de machines dont 900 000 étaient équipées de la suite Pack Office Pro tandis que Dell en a vendu 1,9 million dont 150 000 seulement étaient équipées de cette suite logicielle.

26. Au surplus, il existait d'autres suites logicielles disponibles sur le marché, telles que celles commercialisées par Corel ou Lotus qui constituaient des solutions alternatives. On ne peut donc soutenir que la suite logicielle « *Pack Office pro* »de Microsoft constituait, entre 1995 et 1996, un bien essentiel pour l'activité d'assembleur de micro-ordinateurs.

27. La non attribution d'une licence OEM à Digitechnic pour la pré-installation de logiciels ne peut donc être qualifiée d'abus de position dominante.

28. Le saisissant soutient également qu'en accordant une licence OEM à Gateway et Dell, Microsoft a mis en place une distribution sélective de son produit et provoqué une restriction de la concurrence qui a eu pour effet d'empêcher, pendant dix-huit mois, le développement normal de Digitechnic, en donnant un avantage concurrentiel décisif aux deux constructeurs précités.

29. Mais, selon les éléments figurant au dossier, la société Digitechnic a doublé ses ventes (+ 205 %) pendant cette première période (1995-1996) où la restriction de la concurrence est supposée avoir été la plus grave, tandis que Gateway et Dell, bénéficiaires de la restriction, ont connu, en France, des progressions importantes mais néanmoins inférieures (+ 160 % pour Gateway et + 90% pour Dell).

30. En outre, malgré cette progression, les parts de marché de ces fabricants sont restées limitées en France : 2,1 % pour Gateway et 4,2 % pour Dell. Sur la même période, les parts de marché pour l'ensemble des intégrateurs s'élevaient à 30 % alors qu'aucun d'eux ne bénéficiait du statut d'OEM pour la suite logicielle de Microsoft. Il convient de rappeler qu'existaient, à l'époque des faits, plus de 250 intégrateurs français de la taille de Digitechnic. La concurrence restait donc dynamique entre les intégrateurs et les fabricants.

31. Si le saisissant peut soutenir qu'il a été gêné dans son développement et demander, comme il l'a fait en 1997, au juge commercial de constater le dommage subi et de lui accorder une réparation, les effets anti-concurrentiels sur le marché ne sont pas démontrés sur la période considérée.

32. Au surplus, la situation dénoncée a été transitoire et n'a fait que décaler dans le temps, de 1995 à mi-1996, la diffusion du statut d'OEM à l'ensemble des intégrateurs qui le souhaitaient. Il faut relever que c'est avec environ 250 entreprises que Microsoft aurait dû passer des licences en 1995 pour aligner d'emblée leur situation sur celle des deux constructeurs américains mentionnés dans la saisine.

33. La pratique que dénonce Digitechnic n'a donc pas eu l'objet ou l'effet anti-concurrentiel allégué pendant les dix-huit mois de sa mise en œuvre.

### 2. EN CE QUI CONCERNE LA DEUXIÈME PÉRIODE (JUIN 1996 À MAI 1998)

34. La société Digitechnic soutient qu'au cours de cette seconde période, pour laquelle elle a bénéficié d'une licence OEM, Microsoft a néanmoins pratiqué une politique de prix abusivement discriminatoire. Elle considère que ni la différence de taille, et donc des quantités vendues, ni la différence de service après-vente, ni la différence de notoriété et donc de garantie en matière de contrefaçon, motifs avancés par Microsoft pour justifier sa discrimination tarifaire, ne sont de nature à justifier l'écart de prix constaté.

35. Dans son mémoire en appel du jugement du 25 septembre 1997 du tribunal de commerce d'Evry, elle a indiqué que le prix de la licence était de 370 F HT pour ses concurrents américains, 600 F HT pour ses concurrents anglais et de 1 480 F HT pour elle, soit une différence de 880 à 1 110 F. Dans ces mêmes écritures, elle a annoncé qu'elle pratiquait une marge moyenne de 3 500 F HT par machine. Le désavantage supporté, à partir de juin 1996 par rapport à ses concurrents bénéficiaires d'une licence OEM, correspond donc à une érosion de sa marge qui passe de 3 500 F à 2 600 Fou 2 400 F HT, toutes choses égales par ailleurs. Ce montant doit être apprécié dans le contexte d'un marché en croissance sur lequel la plaignante, positionnée sur le créneau des ordinateurs destinés aux professionnels ou aux utilisateurs recherchant la performance, vend des machines dont le prix se situe entre 10 000 et 30 000 F HT. En 1998, le prix moyen de ses machines était encore de 20 000 F HT alors que les prix d'entrée de gamme des ordinateurs destinés au grand public (la grande distribution assurait 50 % des ventes aux particuliers en 1998) se situaient en dessous de 10 000 F TTC.

36. L'impact du prix du logiciel « Pack Office Pro » sur le prix global après 1996 est donc faible. En obtenant une licence OEM au même prix que celui accordé aux grands constructeurs, soit entre 300 et 600 F HT au lieu de 1 480 F HT, la société Digitechnic aurait certes pu rétablir sa marge ou baisser son prix, mais dans des proportions limitées eu égard au prix de vente de ses machines.

37. Cela explique pourquoi son handicap supposé ne l'a pas empêchée de voir son chiffre d'affaires fortement progresser à cette époque puisque les ventes ont doublé, en 1996, par rapport à 1995 (2 039 machines au lieu de 960). De plus, on constate peu de différence entre le premier semestre 1996 où 954 machines ont été vendues sans disposer d'une licence, contre 1 085 au second semestre avec la licence. Il faut enfin rappeler que seules quelques centaines de machines vendues par Digitechnic ont été équipées de la suite logicielle, sur 2 000 vendues, la plupart des acheteurs ne demandant pas cette option.

38. Ni le caractère abusif de la discrimination tarifaire, qui demeure limitée au regard des quantités très différentes achetées par les grands constructeurs et qui se situent dans un rapport de 1 à 1 000, ni les effets anticoncurrentiels de cette discrimination ne sont donc établis.

### 3. CONCLUSION

39. Il n'est pas établi que la société Microsoft aurait, entre 1995 et 1998, mis en œuvre des pratiques de limitation de la diffusion de son logiciel « *Pack Office Pro* » qui auraient eu pour objet ou pour effet de restreindre la concurrence sur le marché de la vente d'ordinateurs.

40. Il résulte de ce qui précède qu'il y a lieu de faire application des dispositions de l'article L. 464-6 du code de commerce.

## DÉCISION

Article unique **:** Il n’y a pas lieu de poursuivre la procédure.

Délibéré, sur le rapport de Mme Wibaux, par Mme Aubert, vice-présidente, présidant la séance, Mme Behar-Touchais ainsi que MM. Gauron et Piot, membres.

| La secrétaire de séance, | La vice-présidente, |
| --- | --- |
| Christine Charron | Françoise Aubert |

---